Breslau

„Agere in fraudem legis“

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Rudolf Magen, Referendar

Neumarkt in Schles.

Breslau.
Graß, Barth & Comp. (W. Friedrich)
1911.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Leonhard.**
Korreferent: Professor Dr. **Schott.**

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Teil I.

A. Entstehung des Begriffes agere in fraudem legis . . . 7
B. Die verschiedenen Theorien über den Begriff des agere in fraudem legis 9
C. Anwendungsgebiet des agere in fraudem legis 17
D. Belege aus den Quellen 22
1. Die lex Julia et Papia Poppaea 23
2. Das senatusconsultum Velleianum 27
3. Das senatusconsultum Macedonianum 29

Teil II.

A. Kennt das heutige Recht ein agere in fraudem legis? . 30
1. als selbständige Rechtsfigur,
2. als Frage der Auslegung.
B. Braucht das heutige Recht einen solchen Begriff? . . . 32
1. Reichen die Begriffe des simulierten und fiduziarischen Geschäftes immer zur Durchführung der ratio legis aus?
2. Welchen Gewinn für die Anwendung des Gesetzes würde eine selbständige Regelung des Begriffes bedeuten?
C. Anwendungsfälle von Gesetzesumgehung 43

Ergebnis 47

Literatur-Verzeichnis.

Bähr: Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen. Leipzig 1883.

— Zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (Krit. Vierteljahresschrift Bd. 30).

— Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 32.

— Mißbräuchliche Geschäfte im Grenzboten. 1890.

Barthelmes: Das Handeln in fraudem legis. Göttinger Diss. Berlin 1889.

Binder: In der Deutschen Juristenzeitung. 1905.

Bütow: Die Sicherungsübereignung. Göttinger Diss. 1894.

Caspari: Sicherungsübereignung und Sicherungszession nach gemeinem Recht und BGB. Berlin 1903.

Cocceii: ius civile controversum.

Crome: System des Deutschen bürgerlichen Rechts.

Dernburg: Pandekten Bd. I. 6. Aufl. Berlin 1900.

— B. R. I.

Ehrlich: Das zwingende und nicht zwingende Recht im BGB. Jena 1899.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I. 8. Aufl.

— Über die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze 1887.

Gerbert: Die Sicherungsübereignung und das Mobiliarsachenrecht. Bonn 1905.

Goldstaub: Simulierte und fiduziarische Geschäfte nach BGB. Rostock 1903.

Hoffmann: Der Begriff der Gesetzesumgehung. Diss. Jena 1905.

Hellwig: Die Sicherungsübereignung. Im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 64.

Jahrbücher für Entscheidungen des Kammergerichts Bd. 31.

Kahn: Der Begriff der Gesetzesumgehung in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs. (Bl. f. administrative Praxis 1903.)

Kohler: Studien über Mentalreservation und Simulation. Jher. Jahrb. f. d. Dogmatik Bd. 16.

— Nachwort zu Linckelmann. Arch. f. bürgerl. Recht Bd. VII.

Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum BGB. Berlin 1901.

— Fiduziarische Zession . . . . . In Seuff. Bl. f. Rechtsanw. 1905.

Leist: Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien. Jena 1889.

Leonhard: Über die Gefahren einer Beseitigung der Verpfändung beweglicher Sachen. In Gruchots Beitr. Bd. 25.

Lilienthal: In der Deutschen Juristenzeitung 1902.

Linckelmann: Die Sicherungsübereignung. Arch. f. Bürgerl. R. Bd. VII.

Mathiass: Bürgerl. Recht Bd. I.

Neff: Beiträge zur Lehre von der fraus legi facta. 1895.

Pfaff: Zur Lehre von dem sog. in fraudem legis agere. 1892.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des BGB. Bd. I.

Puchta: Vorlesungen über das heutige röm. Recht.

Regelsberger: In Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. I.

— Pandekten. I.

Rehbein: Das BGB, mit Erläuterungen. Berlin 1898 und 1903.

Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen Bd. II, VI, XIII, XXVI, XLIV, LVII, LIX.

Rosshirt: Gemeines deutsches Zivilrecht. 1840.

Savigny,von: System des heutigen römischen Rechts Bd. I.

Schulze: Treuhänder im geltenden bürgerl. Recht. Jher. Jahrb. für Dogm. Bd. 43.

Staudinger: Komm. z. B. R. I.

Thöl: Einleitung in das deutsche Privatrecht. 1851.

Wangerow: Pandekten. I.

Wette: Mentalreservation, Simulation und agere in fraudem legis. Greifswalder Diss. 1900.

Wienstein: Im Recht 1906.

Wilutzky: In der Deutschen Juristenzeitung 1901.

Windscheid: Pandekten, 7. Aufl.

A. Entstehung des Begriffes agere in fraudem legis.

Für die älteste Zeit des römischen Zivilrechts wird man die Kenntnis und Möglichkeit des Begriffs „agere in fraudem legis", worunter zunächst ganz allgemein eine Umgehung des Gesetzes verstanden werden soll, wenn man ihn nicht ganz ablehnen will, wohl sehr einschränken müssen. Dafür sprechen zwei Momente. In erster Linie ist zu berücksichtigen, daß das Recht der alten Zeit, wie bei allen Völkern, so auch bei den Römern, nicht ius scriptum war. Vorherrschend in dieser Zeit war für das Rechtsleben nicht das Gesetzesrecht, sondern gewohnheitsrechtliche Bestimmungen. Es erscheint verständlich, daß die Umgehung einer gewohnheitsrechtlichen Norm mit Rücksicht auf ihre Entstehung weit seltener vorkommen wird, als die einer gesetzten Norm*). Ist doch bei der Bildung von Gewohnheitsrecht aus der Überzeugung von der Rechtsnotwendigkeit des betreffenden Satzes eine dem praktischen Bedürfnis entsprechende lang andauernde Übung hervorgegangen, so daß im allgemeinen angenommen werden kann, daß die auf diese Weise entstandene Rechtsnorm kaum oder jedenfalls doch weit seltener „als das mit festem Anfangspunkt scheinbar willkürlich erlassene Gesetz in Widerspruch mit den Erfordernissen des Verkehrs stehen und diesem eine lästige Schranke sein wird".

*) Ein Beispiel für die Umgehung eines Gewohnheitsrechtes findet sich in fr. 64 de donat. 24. 1. Hiernach wurde die Bestimmung, daß Schenkungen zwischen Ehegatten ungültig sind, dadurch umgangen, daß die Ehegatten vor Vollziehung der Schenkung sich scheiden ließen und sich nachher wieder verheirateten. Nach fr. 1 h. t. war jene umgangene Bestimmung eine gewohnheitsrechtliche: moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent.

Dazu kommt, wie Barthelmes[1]) treffend bemerkt, „daß das Gewohnheitsrecht weit schwieriger zu umgehen ist, als ein Gesetz, weil es nicht wie dieses in menschlicher Rede in die Erscheinung tritt, sein Inhalt nicht in Worte gefaßt wird, eine Rechtsumgehung aber gerade durch den Gegensatz von Wort und Sinn ermöglicht wird".

Immerhin können wir es nicht gerade als ausgeschlossen bezeichnen, daß auch die älteste Zeit einer Rechtsentwickelung „Gesetze" im heutigen Sinne kannte; aber selbst wenn wir diese Auffassung mit Pfaff[2]) teilen wollen, so wird damit kaum etwas an der Verneinung des fraglichen Begriffes für jene Zeit geändert. Denn die juristische Psychologie des agere in fraudem legis ist so kompliziert, daß sie kaum der Naturanlage der damaligen Menschen entsprochen haben wird, deren „einfachem und redlichen Charakter es widersprach, Schleichwege zu gehen". Der wachsende Verkehr schuf neue Verhältnisse und neue Menschen. Hatte es im Wesen der alten Zeit gelegen, sich mit dem bestehenden Recht zu begnügen und es wortgemäß anzuwenden, so forderten die veränderten Lebensbedingungen neue Rechtsnormen und man war, solange solche nicht geschaffen waren, gezwungen, das alte Recht den neuen Verhältnissen dadurch anzupassen[3]), „daß man ihm einen neuen mit dem Wort selbst nicht in Widerspruch stehenden Sinn beilegte. Der rigor des ursprünglichen Rechts war es also, der die extensive Interpretation erzeugte und das Werk begrub allmählich seinen Schöpfer. Die extensive Interpretation hat den bahnbrechenden Satz geschaffen, Gesetzeswort und Gesetzessinn sind nicht wie bisher identische Begriffe, sondern der Sinn des Gesetzes steht über seinen Worten". Mit der extensiven Interpretation, die das Gesetz über das Wort hinaus auslegte und den Unterschied zwischen Gesetzeswort und Gesetzessinn betonte, war also erst

[1]) Barthelmes, Das Handeln in fraudem legis S. 4.
[2]) Pfaff, Zur Lehre vom sog. in fraudem legis agere S. 1.
[3]) Pfaff a. a. O. S. 14.

Raum geschaffen für die Bildung der mit agere in fraudem legis bezeichneten Gesetzesumgehung, die ja gerade den eben erwähnten Unterschied ausbeutet. Neff[1]) stellt die Entwickelung gerade umgekehrt dar. „Die eindringende Erfassung des Gesetzes sei nicht der Anlaß zur Umgehung, sondern das Mittel zur Vereitelung der Umgehung.“ Die Gründe für diese entgegengesetzte Auffassung erscheinen jedoch nicht stichhaltig. Zuzugeben ist allerdings, daß eine „Reaktion“ gegen die fraus solange ausgeschlossen sein mußte, als man diese nicht bemerkte und daß der legislatorische Kampf gegen die fraus legi facta erst mit der tieferen Erfassung des Rechtssatzes erfolgen konnte. Damit ist aber noch nicht bewiesen, daß das Aufkommen der Interpretation nicht erst recht der Anlaß für das agere in fraudem legis gewesen ist. Die vorgehenden Erörterungen haben gezeigt, daß zu Zeiten einer nur wortgemäßen Anwendung der Rechtsnormen sogar bei Gesetzesrecht die eigentlichen Grundlagen, wenn nicht gar die eigentlichen Gründe für eine Umgehung gefehlt haben. Es bleibt also gar nichts anderes übrig, als die Entstehung solcher Gesetzesumgehungen in diejenige Zeit zu verlegen, die mit der Betonung des Unterschiedes zwischen Gesetzeswort und Gesetzessinn das Evangelium des Gesetzeswortes erschütterte. Dem steht nicht entgegen, daß die tiefere Erfassung des eigentlichen Gesetzessinnes dafür die Handhabe bieten konnte, unlauteren Bestrebungen, die auf einen der ratio legis widersprechenden Erfolg hinzielten, bewußt entgegenzutreten.

B. Die verschiedenen Theorien über den Begriff des agere in fraudem legis.

Es fragt sich nun, ob es zur Bekämpfung dieser Umgehungshandlungen einer besonderen gesetzlichen Regelung bedarf, oder ob allein die Erkenntnis von dem wahren Zweck der Gesetzesnorm schon zur Verhütung

[1]) Neff, Beitr. z. Lehre von der fraus legi facta S. 26.

des gesetzwidrigen Erfolges ausreicht. Die Beantwortung dieser Frage verlangt ein Eingehen auf das Wesen des agere in fraudem legis und eine kritische Beleuchtung der beiden hierüber aufgestellten Theorien. Nach der einen Ansicht ist das agere in fraudem legis ein begrifflich selbständiges Institut, dessen Bekämpfung auch eine besondere gesetzliche Regelung erfordert. Die Vertreter der zweiten Theorie leugnen die Selbständigkeit des a. i. f. l. Sie unterstellen die Umgehungshandlung, weil sie dem Inhalt und Wesen des Gesetzes nicht entspreche, ohne weiteres der umgangenen Rechtsnorm, und gelangen so ohne besondere Regelung dazu, die Unwirksamkeit der Gesetzesumgehungen festzustellen.

Einen Aufschluß über den Begriff des agere in fraudem legis geben die Quellen an folgenden Stellen:

1. 1. 29 D. de legibus 1. 3.
2. 1. 30 D. de legibus 1. 3.
3. 1. 5. C. 1. 14.

1. Derjenige handelt dem Gesetze entgegen, der etwas tut, was das Gesetz verbietet. Das Gesetz umgeht aber derjenige, welcher, ohne dessen Worten zu nahe zu treten, sich seinem wahren Sinn entzieht.

2. Eine Umgehung des Gesetzez findet statt, wenn etwas geschieht, von dem das Gesetz nicht gewollt hat, daß es geschehe, ohne es aber zu verbieten. In derselben Weise wie ῥητὸν ἀπὸ διανοίας — das Wort vom Sinn — verschieden ist, unterscheidet sich die Umgehung des Gesetzes vom offenen Zuwiderhandeln.

3. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß derjenige gegen das Gesetz verstößt, der zwar den Wortlaut des Gesetzes beobachtet, aber gegen den Sinn handelt. Auch wird sich derjenige den Strafen, die das Gesetz androht, nicht entziehen können, der gegenüber dem wahren Sinne des Gesetzes sich betrügerisch damit entschuldigt, daß er listigerweise den Worten den Vorzug gibt.

Die hauptsächlichsten Vertreter derjenigen Theorie, welche in dem agere in fraudem legis einen selbständigen Begriff sehen, sind Barthelmes und Pfaff. Beide gehen

von den erwähnten Rechtsquellen aus und finden in den dort angeführten Begriffsbestimmungen eine für das römische Recht schlechthin geltende Generalklausel, die auf alle Tatbestände anwendbar sei und somit allgemeinen Wert habe. Barthelmes[1]) sucht, um das Wesen des in fraudem legis agere zu erkennen, nach der faktischen Grundlage dafür, daß eine Gesetzesumgehung überhaupt möglich ist und findet diese Grundlage in der Unzulänglichkeit des Gesetzeswortes. Da es unvermeidlich sei, daß ein Gesetzeswort einen Rechtsgedanken nicht völlig und unangreifbar wiedergeben könne, so bleibe für denjenigen, der den Rechtssatz verletzen wolle, immer noch die Möglichkeit, durch dolose Interpretation die ratio legis seinem rechtswidrigen Zwecke entsprechend darzustellen. Zu dem gleichen Resultat gelangt Pfaff[2]) nach einer eingehenden Untersuchung des Wesens des in fraudem legis agere, wenn er als Grundlage für das agere in fraudem legis immer „eine absichtlich falsche wörtliche Interpretation" ansieht. Läßt sich daraus, daß beide Autoren ihrer Untersuchung lediglich die drei erwähnten Quellenstellen zugrunde legen und mit ihnen eine völlige Wiedergabe der für den fraglichen Begriff in Betracht kommenden Merkmale erblicken, mit Sicherheit entnehmen, daß sie das agere in fraudem legis für das römische Recht als eine mit besonderen Rechtsnormen zu bekämpfende Rechtserscheinung von selbständiger Bedeutung auffassen, so kann die von Otto Bähr gelegentlich der kritischen Besprechung einiger Reichsgerichtsentscheidungen vertretene Ansicht Anlaß zu Zweifeln geben.

Bähr[3]) findet das Wesen des a. i. f. l. darin, daß gegenüber den in der Regel nur einen bestimmten wirtschaftlichen oder materiellen Zweck verfolgenden Rechtsverboten Rechtsgeschäfte vorgenommen werden, welche in anderer Rechtsform das gleiche praktische Resultat er-

---

[1]) Barthelmes, a. a. O. S. 23.
[2]) Pfaff, a. a. O. S. 156/157.
[3]) Bähr, Urt. d. Reichsger. m. Besprech. S. 57 f.

zielten. Mag auch zugegeben werden, daß hieraus auf eine entschiedene Stellungnahme noch nicht geschlossen werden kann, so wird doch die Ansicht Neff's[1]), der nun annimmt, daß Barthelmes und Pfaff „mit vollem Bewußtsein eigenartige Wege wandeln, während Bähr die Prinzipienfrage nicht entschieden beantwortet habe," durch die weiteren Ausführungen Bährs widerlegt. Bähr betont nämlich, „daß für alle diejenigen Fälle, in denen trotz des Rechtsverbotes noch Rechtsformen denkbar seien, die zu dem vom Gesetz mißbilligten wirtschaftlichen Erfolg führten, das Gesetz den Richter anweise, nicht am Wort zu haften, sondern das Gesetz seinem Geistesinhalt nach anzuwenden". Wenn also hier Bähr von einer Anweisung des Gesetzes an den Richter auch über den eigentlichen Wirkungskreis der Rechtsverbote hinaus spricht, so kann hieraus nicht bloß, wie einige[2]) es tun, mit großer Wahrscheinlichkeit, sondern wohl mit Bestimmtheit gefolgert werden, daß Bähr das Verbot des agere in fraudem legis als ein besonderes Rechtsinstitut auffaßt. Es erscheint von diesem Standpunkt aus nicht verwunderlich, daß Hellwig[3]), der von den Erörterungen Bährs ausgeht und dessen Standpunkt zu dem seinigen macht, zu der Anerkennung einer „in allen Rechtssystemen wiederkehrenden Regel kommt. Dieses Ergebnis ist nur die logische Folge der von Bähr geschaffenen und von Hellwig als richtig angenommenen Basis. Auch der oberste Gerichtshof hat sich öfter auf den bis jetzt erörterten Standpunkt gestellt, z. B. RG Bd. VI S. 186, Bd. XIII, S. 203; Bd. XXVI, S. 183. In der letztzitierten Entscheidung handelt es sich um eine Sicherungsübereignung mit constitutum possessorium. Das Reichsgericht geht hier näher

[1]) Übrigens hat auch Neff (a. a. O. S. 17), trotzdem er in den Ausführungen Bährs eine positive Entscheidung nicht zu finden vermag, „beinahe den Eindruck, als ob auch er in der fraus legi facta und ihrer Regulierung in der Quellendefinition ein eigentümliches Rechtsinstitut sehe".

[2]) z. B. Hoffmann, Der Begriff der Gesetzesumgehung, S. 13.

[3]) Hellwig i. Arch. f. ziv. Pr. Bd. 64 S. 371.

auf den Begriff des agere in fraudem legis ein. Es stellt es nicht als unzweifelhaft hin, daß die Umgehungsgeschäfte von der umgangenen Rechtsnorm mit ergriffen würden und also die Nichtigkeit der Umgehungsgeschäfte schon immer auf Grund der einfachen Auslegung dieser Rechtsnorm eintrete. Es berücksichtigt auch die eben erwähnten Ansichten von Bähr und Hellwig und entscheidet mit diesen dahin, „daß man es mit einem besonderen Rechtssatze zu tun habe, welcher verlange, daß das Gesetz über seinen durch bloße Auslegung zu gewinnenden Sinn hinaus auf die zu seiner Umgehung bestimmten Geschäfte analog angewendet werde, oder doch mindestens mit einer durchgreifenden Auslegungsregel, wonach das Gesetz allemal so ausgelegt werden solle, daß es diese Geschäfte mit ergreife."

Ich möchte jetzt die hauptsächlichen Vertreter der anderen Theorie und ihre Auffassung folgen lassen, um dann zu prüfen, was für die eine und was für die andere Ansicht spricht.

Sie sehen alle in dem agere in fraudem legis ein Handeln, das dem starren Buchstaben des Gesetzes nicht widerspricht, aber seinen Geist verletze. Sie sind der Ansicht, daß die Umgehungshandlung von der umgangenen Rechtsnorm mit ergriffen werde und daß die Nichtigkeit aus der Auslegung der umgangenen Norm hervorgeht. Sie halten eine derartige Ausdehnung der Gesetzesnorm auf die Umgehungshandlung für unbedingt notwendig. Ebenso wie Savigny[1]), der es für selbstverständlich hält, daß auf derartige Umgehungshandlungen das umgangene Gesetz bezogen werden muß, ist auch Kohler[2]) dieser Ansicht. Die Bestimmung des Art. 911 Code civil, daß ein vom Gesetz verpönter ökonomischer Erfolg auch nicht auf einem Umweg ins Leben gerufen werden dürfe, brauchte nach Kohlers Ansicht erst nicht hinzugefügt werden, sondern ist selbstverständlich und zwar

[1]) v. Savigny: System des heutigen röm. R. S. 324.
[2]) Kohler, in Jher. Jahrb. d. Dogm. Bd. 16, S. 147.

deshalb selbstverständlich, weil eben die Umgehungshandlung von dem umgangenen Gesetz mit ergriffen werde.

Auch nach Windscheid[1]) „fällt das, was in fraudem legis geschieht, unter das Gesetz".

Ich habe hier die Ansichten der Hauptvertreter der beiden Theorien kritiklos aneinander gereiht und möchte jetzt zur Beantwortung der Frage schreiten, welche der beiden Theorien wohl die richtigere ist. Hierbei ist es notwendig, näher auf die Methode der Auslegung der Gesetze einzugehen, die nicht zu allen Zeiten dieselbe war, sondern der historischen Entwickelung unterworfen war. Die Römer verstanden unter interpretatio die gesamte Tätigkeit des Juristen, worunter auch die Analogie fiel. Später haben bedeutende Juristen, z. B. Puchta[2]) und Vangerow[3]) hier einen Unterschied gemacht, indem sie die Analogie für eine besondere Rechtsquelle erklärten.

„Wesentlich verschieden von der interpretatio logica extensiva und restrictiva, bei welcher die Absicht des Gesetzgebers entscheidet, ist die häufig damit verwechselte Ausdehnung, resp. Einschränkung nach dem Grunde des Gesetzes."

Man rubrizierte die Analogie unter die Auslegung im weiteren Sinne und stellte ihr den Begriff der Auslegung im engeren Sinne gegenüber. Diese Ansicht, daß eine Abgrenzung zwischen Analogie und Auslegung in dem Sinne möglich sei, daß Analogie als eine besondere Rechtsquelle zu betrachten sei, vertreten auch Dernburg (Band I., S. 76) und Windscheid (Band I., § 22, S. 84)[4]). Dem sind mehrere entgegen getreten, indem sie behaupten, „daß jede Auslegung frei, ungebunden von bestimmten Regeln sein müsse. Denn jede Gesetzesbestimmung könne nur im Geiste des Ganzen als lebendiges Stück

[1]) Windscheid, Pand. Bd. I. § 22.
[2]) Puchta, Vorles. über das heutige röm. Recht. S. 36.
[3]) Vangerow, Pand. S. 43.
[4]) Nach Regelsberger, Pand. § 26.

der Rechtsordnung gedeutet werden, und somit falle auch die Analogie in das Gebiet einer derartigen Auslegung, könne daher keine selbständige rechtsschöpferische Existenz führen. Die Analogie ist daher nicht eine besondere Rechtsquelle[1]), sondern Analogie und extensive Interpretation, sind daher nur Bezeichnungen für verschiedene Intensitätsgrade der einen freien Auslegung.

Es fragt sich nun, welche Stellung der Begriff des agere in fraudem legis zur Lehre von der Auslegung einnimmt. Die Vertreter der einen bereits erwähnten Theorie behaupten, daß das Verbot des agere in fraudem legis ein besonderes Rechtsinstitut sei. Sie stützen sich hierbei hauptsächlich auf die Legaldefinitionen. Wie schon gesagt, sollen die Legaldefinitionen eine Generalklausel bilden mit allgemeiner Verbindlichkeit für alle Gesetze. Der Inhalt der Legaldefinition ergibt sich für sie — wie Neff[2]) ausführt — „nicht aus dem Wesen des Rechtssatzes überhaupt, sondern beruht auf positiver Anordnung". Dem sind die meisten Neueren mit aller Schärfe gegenübergetreten und wohl auch mit Recht. Denn aus den bereits zitierten Stellen ergibt sich nichts, woraus man ohne Bedenken schließen könnte, daß das Verbot des agere in fraudem legis ein besonderes Rechtsinstitut sei.

Die Stelle 1. 29 D. de legibus 1, 3 stammt aus dem liber singularis ad legem Cinciam des Paulus. Es ist dies die einzige Stelle, die uns aus diesem Werk erhalten ist. Wir haben keinen Grund zur Annahme, daß der Jurist hier mit diesem Ausspruch eine allgemein gültige Definition des facere fraudem legi geben wollte. Es erscheint verständlicher, dies nicht annehmen zu wollen, sondern zu glauben, daß die überlieferte Bemerkung bloß gelegentlich in bezug auf einen speziellen Fall der Umgehung der lex Cincia gemacht ist. Von praktischer Bedeutung sind hauptsächlich die Wirkungen der Umgehungsgeschäfte.

1) Mathiaß, B. R. I. S. 37.
2) Neff, a. a. O. S. 18.

Wenn Paulus eine allgemein gültige Definition hätte geben wollen, dann hätte er sicher auch Wert auf die Folgen des facere fraudem legi gelegt und die Nichtigkeit dieser Geschäfte betont.

Neff[1]) kommt bei seinen eingehenden Untersuchungen über die Legaldefinitionen zu dem Resultat, daß auch der Ausspruch Ulpians l. 30. D. de legibus 1, 3 nur auf einen speziellen Fall der ein Gesetz verletzenden pacta zu beziehen ist. Erst die Kompilatoren haben die Stelle aus ihrem Zusammenhang gerissen und sie in den allgemeinen Titel de legibus gestellt. Auch dieser Stelle ist also nicht die Bedeutung zuzulegen, daß sie eine generelle Definition geben wollte.

Auch für die dritte der Legaldefinitionen, die Stelle l. 5 C. 1, 14 wird man dies nicht annehmen können und zwar schon aus rein äußerlichen Gründen. Von einem agere in fraudem legis oder einer fraus legi facta wird gar nicht gesprochen. Nur im zweiten Satze findet sich das Wort fraudulenter. Es wird nun angenommen[2]), daß die Kaiser, wenn sie hier in ihrer Verordnung einen selbständigen Begriff des agere in fraudem legis mit besonderer Norm hätten schaffen und regeln wollen, diesen technischen Ausdruck sicherlich auch verwendet haben würden. Diese Auffassung der drei Stellen läßt entnehmen, daß weder die Juristen Ulpian und Paulus, noch die Kaiser generell definieren wollten. Ja einige[3]) gehen sogar soweit, daß sie die Legaldefinitionen als Stützpunkt für die Ansicht nehmen, daß die Unterwerfung der Umgehungshandlung unter das umgangene Gesetz selbstverständlich sei. Z. B. geht nach Neff[4]) aus allen drei Quellenstellen hervor, „daß der konkrete Tatbestand der

[1]) Neff, a. a. O. S. 23.

[2]) z. B. v. Wette: Mentalreservation, Simulation und agere in fraudem legis S. 29.

[3]) So ganz allgemein Endemann, bei einer Besprechung der Kodexstelle in seinem Werke: über die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze S. 25/26.

[4]) Neff, a. a. O. S. 23.

fraus legi facta dem wirklichen gesetzgebenden Tatbestand entspricht. Daraus ergibt sich für Neff die nur in der Kaiserkonstitution erwähnte Rechtswirkung, daß die Anwendung des betreffenden Gesetzes auf den konkreten Tatbestand der fraus legi facta selbstverständlich sei".

Will man auch nicht soweit gehen, sich diesen Ausführungen Neffs anzuschließen, so ist doch jedenfalls sicher, daß die Quellen nicht generell definieren. Aus ihnen ergibt sich nicht, daß das agere in fraudem legis ein selbständiges Rechtsinstitut ist, dessen Bekämpfung einer besonderen gesetzlichen Regelung bedürfe. Diese Theorie muß man ablehnen und man wird die Auffassung vertreten können, die Umgehungshandlung ist, weil sie dem Inhalt und Wesen des Gesetzes nicht entspreche, ohne weiteres der umgangenen Rechtsnorm zu unterstellen.

Ich möchte nicht verfehlen, hier auf die Ansicht Thöls[1]) einzugehen, der mit seiner Auffassung über das Wesen des agere in fraudem legis etwas abseits dasteht. In Übereinstimmung mit den anderen geschieht bei ihm das agere in fraudem legis durch falsche Auslegung des Rechtssatzes. Weiter aber sagt er, könne eine Gesetzesumgehung noch geschehen, „durch Verheimlichung oder Entstellung des Tatbestandes". Hiergegen hat namentlich Pfaff (a. a. O. S. 59) polemisiert und auch m. E. mit Recht. Ich halte es nicht für notwendig, hier eine derartige Zweiteilung zu machen. Wenn man den Tatbestand entstellt oder verheimlicht, so liegt, wie Pfaff richtig bemerkt, nichts anderes vor, als eine falsche Auslegung des Rechtssatzes. Man kann also hier den ersten Fall als generellen, den zweiten als speziellen ansehen und kann daher den Fall der Entstellung des Tatbestandes dem der falschen Auslegung unterordnen.

C. Anwendungsgebiet des agere in fraudem legis.

Nachdem wir nun das Wesen des agere in fraudem legis festgestellt haben, möchte ich darauf eingehen, was

1) Thöl, Einl. d. deutschen Privatrechts § 65.

für Gesetze man umgehen kann und welche Erfordernisse vorliegen müssen. Zunächst möchte ich hier kurz die Streitfrage erörtern, ob die Umgehung nur bei Verbotsgesetzen oder auch bei Gebotsgesetzen möglich ist. Früher wollte die herrschende Meinung in der Literatur von einer Einschränkung des agere in fraudem legis auf Verbotsgesetze nichts wissen, namentlich Pfaff[1]) war der Ansicht, daß „sowohl Verbotsgesetze als auch Gebotsgesetze der Tummelplatz des agere in fraudem legis sein können", ohne indes seine Ansicht näher zu begründen. Diese Auffassung zählt heute viel Gegner. Die Motive zu § 80 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches sagen ausdrücklich, daß von einer Umgehung des Gesetzes nur bei Verbotsgesetzen die Rede sein könne; es schiene jedoch überflüssig, dies besonders hervorzuheben[2]). Auf demselben Standpunkt steht Endemann[3]), der eine nähere Begründung seiner Auffassung gibt. Nach seiner Ansicht wäre es nur möglich, ein Verbot zu umgehen. „Die Umgehung bestehe ja darin, daß man den Wortlaut des Gesetzes nicht verletze, aber bezweckt, auf Umwegen denselben materiellen Rechtserfolg zu erreichen, den man aber auf geradem unmittelbarem Wege nicht erreichen könnte, weil der Sinn des Gesetzes dem entgegensteht. Bei einem Gebot kann es nur zweierlei geben. Entweder man erfüllt das Gebot oder man handelt ihm direkt zuwider. Etwas anderes gibt es nicht." Diese Ausführungen haben viel Ansprechendes für sich und man wird sich ihnen anschließen können. Es wird in der Tat sehr schwer, wenn nicht unmöglich sein, ein Gebotsgesetz zu umgehen. Man denke z. B. an den Fall des § 313 BGB, der eine besondere Form gebietet. Entweder man erfüllt diese Formvorschrift, oder befolgt sie nicht. Dann ist dieser Vertrag nichtig. Etwas anderes ist kaum möglich. Jedenfalls ist nicht etwa darin eine Umgehung

[1]) Pfaff, a. a. O. S. 80.
[2]) Ebenso Dernburg, Pand. I. § 31 und Bähr, a. a. O. S. 58ff.
[3]) Endemann, BR. Bd. I. S. 48.

zu erblicken, daß die Parteien den Vertrag mündlich schließen, nachher auflassen und somit eine Gültigkeit des ganzen Vertrages herbeiführen. Aus diesen Gesichtspunkten heraus hat jedenfalls auch Kohler seine Auffassung gewechselt (Arch. f. bürgerl. R. Bd. VII, S. 239), nachdem er sich früher (in Jher. Jahrb. f. Dogm. Bd. 16, S. 144) dafür entschieden hatte, daß eine Umgehung sowohl bei gebietenden als auch bei verbietenden Gesetzen möglich sei[1]).

Es werden auch tatsächlich meist Verbotsgesetze sein, die umgangen werden; sowohl die Entscheidungen der römischen Juristen, als die Urteile aus neuerer Zeit, die über Handlungen in fr. legis befinden, beziehen sich regelmäßig auf Verbote, z. B. das Verbot der Schenkung unter Ehegatten, der letztwilligen Zuwendung an erwerbsunfähige Personen u. a. m. Aber wie wir gesehen haben, ist doch auch immer von Juristen die Meinung vertreten worden, daß auch auf Gebotsgesetze das agere in fraudem legis anwendbar sei, trotzdem eigentlich das vetuit in der Ulpianischen Quellenstelle fr. 30 de leg. 1, 3 dagegen spricht[2]).

Allein derselbe Jurist bespricht an anderer Stelle eingehend die Umgehung eines Gebotes. Nach fr. 16 de iure pat. 37, 14 war es dem Freigelassenen geboten, seinem Patron einen Pflichtteil zuzuwenden, falls er ein Vermögen von 100 000 Sesterzen und weniger als drei Kinder hinterließ; dieser Bestimmung suchte der libertus durch Verminderung seines Vermögens unter den gesetzlichen Betrag zu entgehen.

---

1) M. E. hat diese Streitfrage keine so große Bedeutung, wie sie ihr beigelegt worden ist. Denn der Unterschied zwischen Verbotsgesetzen und Gebotsgesetzen wird ja von vielen überhaupt in Abrede gestellt. Nach Savigny, a. a. O. § 16 unterscheiden sich die gebietenden und verbietenden Gesetze nur durch die logische Form der Bejahung und Verneinung, welcher an sich gleichgültige Umstand keine Einteilungsglieder begründen kann.

2) Barthelmes, a. a. O. S. 5.

Hier sagt Ulpian:

> quotiens in fraudem fit alienatio, non valet quod actum est, cum quis se minorem centenario facit ad hoc ut legis praeceptum evertat.

Sind wir nun zu dem Ergebnis gekommen, daß die Gesetzesumgehung nur bei Verbotsgesetzen vorkommen kann, so bleibt immer noch die viel erörterte Frage offen, ob zum Handeln ein „Umgehungsdolus" notwendig ist oder nicht. Wieder sind es hier Barthelmes und Pfaff, die im alleinigen Gegensatz zur sonstigen Literatur stehen, so daß es nicht zu verwundern ist, wenn man öfters von der „Barthelmes-Pfaffschen Lehre" des agere in fraudem legis hört. Beide kommen zu der Ansicht, daß „die Absichtlichkeit des Vorgehens" ein Essentiale des in fraudem legis agere bildet und sind der Meinung, daß man dies aus den Quellen herauslesen könne. Bei der Untersuchung des Begriffes fraus im Verhältnis zum dolus stellt Pfaff (S. 69) — indem er sich hauptsächlich auf Stellen in juristischen und nicht juristischen Wörterbüchern stützt — folgende Leitgrundsätze auf:

1. Fraus ist gleichbedeutend mit Dolus. Dolus und fraus werden daher oft als Synonyma zusammengestellt im Gegensatz zu bona fides.
2. Dolus wird zunächst auf die Absicht, fraus auf den dadurch erreichten Erfolg bezogen.
3. Bisweilen scheinen freilich dolus und fraus so einander entgegengesetzt, als ob unter dem letzteren Worte bloß ein Vermögensverlust, wobei ein anderer gewinnt, verstanden werde.

Pfaff steht auf dem Standpunkt, fraus setze allemal ein absichtliches Handeln voraus, wenn auch kein eigentlicher dolus damit verbunden ist und sieht besonders in der Wahl des Aktivums circumvenit in dem Satze Ulpians einen Beleg für seine Ansicht. Jedoch ergibt sich m. E. aus allen drei Quellenstellen nichts, woraus man mit Sicherheit schließen könnte, daß der Umgehungsdolus erforderlich wäre, wie ja überhaupt die Legaldefinitionen wenig Aufschluß über das Wesen des agere in fraudem

legis geben. Barthelmes[1]) gibt als Beispiel für die Richtigkeit seiner Ansicht die Stelle fr. 3, 3 d. S. Mac. 14, 6 und sagt: „Fehlt die rechtswidrige Absicht, so ist nicht in fraudem legis gehandelt[2])." Diese Stelle spricht allerdings für seine Behauptung, ebenso wie der Satz des Cuiacius: „fraudasse non videtur, qui fraudavit re ipsa nisi qui fraudandi animum habuerit". Sicher wird man den eben erwähnten Autoren zugeben müssen, daß in den überaus meisten Fällen, bei denen man von einem agere in fraudem legis reden kann, die Absicht der Parteien vorliegt, das Gesetz zu umgehen. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß diese Absicht vorhanden sein muß, und daß sie ein wesentliches Begriffsmerkmal bei dem in fraudem legis Handelnden ist. Das Gesetz will einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg ausschließen oder wenn es dies nicht ohne weiteres kann, ihn doch abhängig machen von der Erfüllung genauerer Tatbestandsmomente. Wie Hoffmann[3]) bemerkt, ist die Erfüllung dieser Aufgabe nur möglich, wenn es diesen materiellen Erfolg unter allen Umständen ergreift.

Es hat nur zu beachten, ob er und nicht wie er zustande gekommen ist!

Dieser letzte Satz scheint mir das Richtige zu treffen. Von praktischer Bedeutung ist doch hauptsächlich das Ergebnis der fraudulosen Handlung. Daß dieses Ergebnis auch ohne den Umgehungsdolus eintreten kann, ist wohl anzunehmen. Daher kann man auch folgern, daß der Umgehungsdolus nicht essentiell ist. Aber noch aus einem anderen Grunde möchte ich annehmen, daß der dolus nicht unbedingt vorhanden sein muß. Es wird in den meisten Fällen sehr schwer sein, demjenigen, der ein privatrechtliches Verbotsgesetz umgeht, nachzuweisen, daß er den Umgehungsdolus gehabt hat. Man müßte hier den Beweis erbringen, daß er nicht nur das umgangene Gesetz

---

1) Barthelmes, a. a. O. S. 10.

2) Die erwähnte Stelle ist S. 29 besprochen.

3) Hoffmann, Der Begr. d. Gesetzesumgeh. S. 26.

gekannt hat, sondern daß er auch die richtige Vorstellung von dem Sinne des Gesetzes und der Tragweite des Verbots gehabt hat Ein derartiger Beweis wird nun häufig äußerst schwer sein und wird auch von denen, die nachweisen wollen, daß der dolus essentiell ist, nicht verlangt. So sagt Barthelmes[1]): „Ein strikter Beweis der Absicht, das Gesetz zu umgehen, kann nicht verlangt werden, da es sich um einen inneren Vorgang handelt, der von den Parteien nicht ausdrücklich kundgegeben wird." Daß Barthelmes diesen Beweis nicht immer verlangt, ist m. E. eigentlich ein Argument gegen seine Lehre. Genau so wie z. B. das Strafrecht bei einigen Delikten das Moment der subjektiven Rechtswidrigkeit verlangt, und demnach naturgemäß auch den Nachweis für erforderlich hält, daß rechtswidrig gehandelt worden ist, so wird man wohl auch hier sagen können: Erfordert das agere in fraudem legis die Absicht, das Gesetz zu umgehen, so muß diese Absicht auch bewiesen werden. Verlangt man keinen Beweis für das Vorliegen des dolus, so wird man auch das Vorhandensein des dolus als Essentiale für die Umgehungshandlungen nicht ansehen können. Erforderlich ist nur, wie dies auch aus den Quellen hervorgeht, eine Versteckheit des Handelns.

Daher sagt auch Kohler (Jahrb. für Dogm. Bd. 16 S. 144): Der Richter soll allen „versteckten" Gesetzesverletzungen durch die Auslegung des Rechtssatzes entgegentreten.

D. Belege aus den Quellen.

Zahlreich sind die Fälle im römischen Recht, durch deren Besprechung das Handeln in fraudem legis veranschaulicht werden kann. Barthelmes gibt eine ziemlich umfangreiche Zusammenstellung, und auch ihm wird noch von Pfaff der Vorwurf gemacht, diese Zusammenstellung sei bei weitem nicht erschöpfend. Ich möchte hier, abgesehen von einem älteren Fall, nur auf die Umgehung

[1]) Barthelmes S. 11.

der Gesetze eingehen, die am deutlichsten den Begriff des agere in fraudem legis erkennen lassen und auch in der einschlägigen Literatur über diesen Begriff besonders behandelt sind. Es sind dies

1. die lex Julia et Papia Poppaea.
2. das senatusconsultum Vellejanum.
3. das senatusconsultum Macedonianum.

Zunächst einen Fall aus der Zeit des Ständekampfes. Von den leges Liciniae (367 v. Chr.) besagte eines: „Ne quis plus quam quingenta iugera agri publici possideret." Die ratio des Gesetzes war, den ärmeren Volksschichten aufzuhelfen und die Latifundienwirtschaft, an der Italien bis in die neueste Zeit gelitten hat, zu beseitigen. Man wollte nicht, daß sich allzuviel Grundbesitz in einer Hand vereinigte und wenn dies der Fall war, so sollte es möglichst rückgängig gemacht werden. Der Vater des Gesetzes Licinius besaß selbst 1000 iugera; um nicht 500 veräußern zu müssen, emancipando filium legi fraudem fecit, d. h. er entließ seinen Sohn aus der väterlichen Gewalt und dieser erhielt 500 iugera. Das Gesetz war umgangen. Wenn auch der Sohn freigelassen war, so blieb doch der ganze Besitz in einer Familie und somit war der vom Gesetz verbotene wirtschaftliche Erfolg erreicht. Dies war ein Fall aus der älteren Zeit.

Ein Gesetz der späteren Zeit, das zur Umgehung geradezu herausforderte, war

Die lex Julia et Papia Poppaea.

Dieses Gesetz führte eine Reihe Bestimmungen auf über letztwillige Zuwendungen an einen incapax und deren Kaduzität; das am häufigsten angewandte Mittel zur Umgehung dieser Vorschriften war das tacitum fideicommissum. Ich möchte hier nicht verfehlen, etwas näher auf die Quellen einzugehen.

L. 10 pr. 34, 9: Derjenige läßt seine Treue zur Umgehung des Gesetzes mißbrauchen, der das, was ihm hinterlassen oder etwas anderes stillschweigend einer Person herauszugeben verspricht, die kraft gesetzlicher

Bestimmung verhindert ist, aus einem Testament etwas zu erwerben, mag sie deswegen ein schriftliches Versprechen abgegeben oder sich nur mündlich verpflichtet haben.

Ulpian de legatis 30, 1. 103: Beim tacitum fideicommissum scheint dann eine Umgehung des Gesetzes vorzuliegen, so oft jemand weder durch ein Testament noch durch Kodizill gebeten wird (das fideicommissum zu erfüllen), sondern durch privates schriftliches Schuldbekenntnis oder sonstwie schriftlich sich verpflichtet, für die Auszahlung des fideicommisses demjenigen einzustehen, der nicht erwerbsfähig ist.

Callistratus 1. 3 pr. D. 49, 14: Wer öffentlich aufgefordert ist, etwas herauszugeben, der wird nicht so angesehen, als habe er das Gesetz umgangen. Als jemand in seinem Testamente folgendermaßen testiert hatte: ich bitte Euch, daß Ihr in der Sache, die ich von Euch verlangte, treu handelt und beschwöre Euch bei Gott, so zu handeln, — und als dieser gefragt wurde, ob dies als eine öffentliche Aufforderung anzusehen sei, so entschied Julian, es gehe zwar nicht klar hervor, was mit diesen Worten vom Erben verlangt worden ist; man pflege aber zu fragen, wann man von jemandem annehmen kann, er habe zur Umgehung des Gesetzes sein Wort gegeben. Im allgemeinen hat man entschieden, es ist als Umgehung des Gesetzes anzusehen, so oft jemand weder in einem Testamente noch in einem Kodizill gebeten wurde, sondern durch eine Privaturkunde oder Handschreiben sich verpflichtete, dem anderen, der nicht erwerbsfähig ist, etwas zu leisten. Daher könne behauptet werden, nach den oben angeführten Worten sei das Gesetz nicht umgangen worden.

Nach der lex Julia et Papia Poppaea war es unmöglich, daß caelibes et orbi im Testament als Erben eingesetzt wurden. Was man ihnen nicht durch Testament zuwenden durfte, das wendete man ihnen durch tacitum fideicommissum zu. Darunter ist nach Auffassung der klassischen Juristen eine Verfügung von Todes wegen zu

verstehen, die weder aus einem Testament noch aus einem Kodizill zu ersehen ist. Gegen eine derartige Zuwendung scheint man in der älteren Zeit nichts einzuwenden gehabt zu haben. Dafür spricht, daß das S. C. Plaucianum aus der späteren Zeit das erste Gesetz ist, das den durch die l. J. et. P. P. gegebenen Boden verläßt. Hier wird zum ersten Mal mit dem tac. fid. an incapaces ein eigentümlicher Nachteil verbunden. Später erstreckte sich jedoch das senatusconsultum Pegasianum auch auf das tacitum fideicommissum und bestimmte Kaduzität derartiger Zuwendungen gemäß der lex Julia et Papia Poppaea. Nun wurde es eigentlich erst recht möglich, durch tacitum fideicommissum das Verbot der Zuwendung an incapaces zu umgehen und zwar aus folgenden Gesichtspunkten heraus. Die Testamente und Kodizille wurden amtlich eröffnet und so war es den Behörden ein leichtes, derartige Zuwendungen zu entdecken. Dagegen war es sicher leicht möglich, daß ein tacitum fideicommissum jetzt nicht bemerkt wurde. Denn gerade wenn man auf die Art der gesetzlichen Umgehung Rücksicht nimmt, wird man Fälle finden können, in denen nur der Erblasser und der Fiduziar um die Bestellung des tacitum fideicommissum wußten. Und ebenso wie die Bestellung konnte auch die nachherige Auszahlung verborgen bleiben, wie Neff[1]) richtig ausführt. Denn eine Selbstbezichtigung war kaum zu erwarten. Der incapax hätte davon keinen Vorteil gehabt, er hätte ja nur verlieren können. Ebenso wird es nicht oft vorgekommen sein, daß der Fiduziar eine Anzeige machte. Gesetzlich konnte kein Druck auf ihn ausgeübt werden, um ihn zur Erfüllung zu zwingen. Er sah es jedoch als eine Ehrenpflicht an, die Weisungen des Erblassers auszuführen. Und wenn der incapax und der Fiduziar schwiegen, dann war es dem Delator selten möglich, das tacitum fideicommissum zu entdecken. Dieser Ausweg muß in der Praxis sehr häufig benutzt worden sein, denn er machte den römischen Juristen viel zu

---

[1]) Neff, a. a. O. S. 31.

schaffen. Die oben angeführten Quellenstellen beschäftigen sich mit ihm und stellen die Voraussetzungen einer solchen Zuwendung, die in fraudem iuris ist, fest.

Es war notwendig eine Zuwendung an eine Person, der nach dem Gesetz nichts zugewendet werden konnte[2]), und zwar kam es auf die Zeit des Todes an (fr. 3, 2 de iure fisci 49, 14). Zu dieser Voraussetzung, dem sententiam legis circum venire mußte das salvis verbis hinzukommen, d. h. die Zuwendung mußte, nicht wie das Fideikommiß im Testament oder Kodizill, sondern heimlich in einer aus dem letzten Willen nicht ersichtlichen Weise gemacht werden: non intellegitur fraudem legi fecisse, qui rogatus est palam restituere; fr. 3 pr. de iure fisci 49, 14. Aber auch dieser Begriff der Heimlichkeit mußte gegenüber Umgehungsversuchen festgestellt werden, so im fr. 40 pr. eod. loco: Ita fidei heredis commisit, rogo fundum Titio des, de quo te rogari". Si Titius capere non possit, non evitabit heres poenam taciti fideicommissi: non enim est palam relinquere, quod ex testamento sciri non potest, cum recitatum est, quemadmodum nec ille palam dat qui ita scribit „rogo vos, heredes, in eo quod a vobis petii fidem praestetis." Immo in priore specie maiorem fraudem excogitasse videtur, qui non tantum circumvenire voluit, sed etiam interpretationem legis, quae circa tacitum fideicommissum habetur.

Als dritte Voraussetzung endlich war noch erforderlich die rechtswidrige Absicht bei dem Erblasser und dem Onerierten.

Jene Beschränkungen der letztwilligen Verfügungen an incapaces können nach den Quellen noch auf andere Art umgangen werden. l. 27 D. 22, 3 und l. 37 § 6 D. de leg. 32 geben Auskunft darüber. Im ersten Falle handelt es sich darum, daß der Erblasser dem Titius 100 zurückzahlen will, angeblich als Begleichung eines gegebenen Darlehns, und ferner 150, die er aus den Früchten der von ihm für Titius verwalteten Grundstücke gezogen

[2]) Barthelmes, a. a. O. S. 31.

hätte. Kann Titius nachweisen — so entscheidet Scaevola —, daß der Erblasser seinerseits die Beträge schuldig geworden ist, so kann Titius dies fordern. Im anderen Falle nicht, weil dann auf seiten des Erblassers eine Umgehung des Gesetzes vorliegt, da er auf andere Weise dem Titius nichts habe zuwenden können. Dieselbe Entscheidung trifft auch für den zweiten Fall zu. Nur sind hier von Titus dem Callimachus, der incapax ist, 10 000 Denare für geleistete Dienste vermacht worden.

Um ferner der Ehelosigkeit in Rom zu steuern, bestimmte die lex Julia et Papia Poppaea, daß, wenn jemand unter der Bedingung, daß er nicht heirate, etwas von Todes wegen erhielt, so solle diese Bedingung als nicht geschrieben gelten. Wie ist aber zu entscheiden, wenn der Testator der Titia nicht direkt untersagt zu heiraten, aber verlangt, daß sie in Aricia heirate. Ich lasse hier wohl am besten zunächst die eigenen Worte des Juristen folgen.

Fragm. 65 D. 35, 1: Wenn aber im Testament so bestimmt ist, sofern sie nicht in Aricia heirate, so kommt es darauf an, ob eine Umgehung des Gesetzes stattgefunden hat. Ist die Lage der Titia eine derartige, daß sie sich an einem anderen Orte nicht leicht verheiraten kann, so wird man so auslegen müssen: Dasjenige ist ipso iure nichtig, was hinzugefügt worden ist, um das Gesetz zu umgehen. Denn ein Gesetz, das dem Staate nützlich sein soll und das gegeben ist, um die Vermehrung der Nachkommenschaft zu fördern, muß durch die Auslegung unterstützt werden.

Liegt also hier eine Umgehung vor, d. h. ist der Sinn des Gesetzes verletzt, so wird eine derartige Bestimmung gestrichen. Wenn auch, wie Hoffmann[1]) sagt, „nur wörtlich genommen, eine Bedingung der Ehelosigkeit nicht vorhanden war".

Senatusconsultum Velleianum.

Durch das senatus consultum Velleianum wird die fideiussio und die Darlehnsaufnahme für andere seitens

[1]) Hoffmann, a. a. O. S. 33.

der Frauen für unverbindlich erklärt. Den Frauen. die dies getan hatten, wurde gegenüber den Ansprüchen des Gläubigers eine exceptio senatusconsulti Velleiani gewährt. Da jedoch die Absicht des Gesetzes dahin ging, die Frauen möglichst zu schützen, so durfte man nicht bei diesen beiden Formen des Eintretens für fremde Verbindlichkeiten stehen bleiben, sondern mußte weitergehen. Denn es wäre ja ein leichtes gewesen, diese beiden Arten zu umgehen. Man dehnte daher das Verbot, das zunächst nur die beiden Geschäftsarten betraf, weiter aus und kam zu der allgemeinen Bestimmung, daß eine Frau keine fremden Verbindlichkeiten eingehen dürfe. Damit war das Verbot soweit gefaßt, daß es alle Rechtsgeschäfte betraf, bei denen eine Frau für eine fremde Schuld eintrat. Trotzdem dieses Verbot so allgemein gefaßt war, waren Umgehungen noch möglich und häufig.

D. 16 Tit. 1, der sich mit dem S. C. V. beschäftigt, spricht an drei Stellen ausdrücklich von einer fraus legi facta. Ich möchte nur kurz auf den Inhalt der Stellen eingehen.

In 1. 29 D. 6, 1 erwähnt Paulus nur allgemein, daß in fraudem senatusconsulti Velleiani gehandelt wurde, ohne auf die Art und Weise näher einzugehen. Näheren Aufschluß über einen Fall des fraudulosen Handelns gibt Pomponius 1. 32, 3 D. 16, 1. Der Inhalt dieser Stelle ist kurz folgender: Eine Frau hat einem Dritten den Auftrag Auftrag gegeben, für sie zu interzedieren. Die Frau würde doch aber sicher haften, da sie für den Fall, daß der Mandatar vom Gläubiger in Anspruch genommen würde, mit der actio mandati contraria vom Mandatar belangt würde. Hier ist nun gesagt: wußte der Gläubiger, daß der Dritte als Mandatar der Frau interzedierte, daß also eine Umgehung des Gesetzes vorliegt, so sollte der Frau als auch dem Dritten die exceptio senatusconsulti Velleiani zustehen, da ja der Zweck des Gesetzes unter allen Umständen erreicht werden müsse.

In der dritten Stelle 1. 8 § 6 D. 16, 1 erwähnt Ulpian die Umgehung des Gesetzes durch Delegation eines

Schuldners der Frau. Delegiert die Frau hier ihrem Gläubiger einen Schuldner, der in Wirklichkeit gar nicht ihr Schuldner ist, so liegt ein Umgehungsgeschäft vor. Dieses Umgehungsgeschäft wird von der umgangenen Norm mit ergriffen, ist daher nichtig.

Senatusconsultum Macedonianum.

Das senatusconsultum Macedonianum bestimmte, daß ein Gläubiger, der einem Haussohn ein Darlehn gegeben hatte, ein Rückforderungsrecht nicht geltend machen konnte. Es ist ganz natürlich, daß diese Bestimmung einerseits sowohl von den älteren Haussöhnen, die ja im römischen Recht keine Selbständigkeit besaßen, als auch andererseits von den Geldverleihern, denen die Haussöhne ein dankbares Objekt ihrer Geschäfte waren, oft zu umgehen versucht wurde.

D. 14 Tit. 6 de senatusconsulto Macedoniano zählt hauptsächlich 4 Fälle derartiger Umgehungen auf. 1. 3 § 3 bestimmt: nur derjenige verstößt gegen das senatusconsultum Macedonianum, der einem Haussohn Geld vorschießt, nicht wer auf andere Weise mit ihm kontrahiert. Diesen Geschäften gegenüber ist die exceptio senatusconsulti Macedoniani nicht zulässig, auch wenn das, was aus einem Kontrakt geschuldet wird, als Darlehen behalten werden soll. Ist aber in diesem Geschäft eine Umgehung des Gesetzes zu erblicken — si fraus sit senatusconsulto cogitata — so soll das Gesetz Platz greifen.

Ebenso ist nach 1. 7 § 7 die Hingabe anderer vertretbarer Sachen als Geld zu Darlehen prinzipiell gestattet. Geschieht sie aber zur Umgehung des Gesetzes, z. B. der Haussohn sollte die Sachen sofort verkaufen und den Erlös für sich behalten, so hat er die exceptio senatusconsulti Macedoniani. Ebenso geben 1. 7 pr. und 1. 7 § 1 noch zwei Fälle an, bei denen die vorgenommenen Geschäfte der exceptio S. C. M. nicht unterliegen, jedoch dann wohl, wenn es sich herausstellt, daß sie abgeschlossen sind, um das senatusconsultum zu umgehen und den ver-

botenen wirtschaftlichen Zweck, nämlich den Empfang des Geldes durch das Hauskind, zu erreichen.

Wie schon im einleitenden Satz dieses Teiles der Arbeit gesagt worden ist, sind hier nur einige Gesetze aus der Zahl derer herausgegriffen, bei denen das agere in fraudem legis sehr beliebt und praktisch war. Vollständig ist diese Aufzählung bei weitem nicht. Ich erinnere nur noch an die Gesetze, die Bestimmungen über die Freilassung von Sklaven zum Inhalt hatten, die lex Aelia Sentia, die lex Fuvia Caninia, ferner die Zins- und Wuchergesetze, die lex Anastasiana u. a. m.

Teil II.

A. Kennt das heutige Recht ein in fraudem legis agere?

Im allgemeinen hält man ein Geschäft, dessen Wirkung nicht eintritt, für nichtig. Diese Nichtigkeit kann verschiedene Gründe haben. Es können dies z. B. sein Geschäfte, die von einem Minderjährigen oder Geisteskranken vorgenommen werden, ferner Geschäfte, bei denen die vorgeschriebene Form nicht gewahrt ist, der Fall, daß bei Verträgen Willensübereinstimmung fehlt u. a. m. Es kommen jedoch auch Rechtsgeschäfte vor, die „allen Voraussetzungen eines verbindlichen Geschäfts“[1]) entsprechen, aber trotzdem nichtig sind, weil eine positive gesetzliche Vorschrift es bestimmt. In der Wirkung stehen dann diese Geschäfte denen gleich, die von vornherein gar nicht zustande gekommen sind. Hierher gehören, um einige herauszugreifen, ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ferner die vorherige Abmachung, daß von Zinsen wieder Zinsen zu zahlen seien, der Fall des § 310 BGB und § 134 BGB. Dieser Paragraph lautet:

> „Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“.

[1]) Ehrlich: Das zwingende und nichtzwingende Recht i. BGB.

Häufig wird nun der Sachverhalt so sein, daß man nicht direkt sagen kann, es sei gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen worden, sondern wo man zu dem Resultat kommen wird, das Gesetz sei nicht verletzt, sondern nur umgangen. Hier spricht man dann vom agere in fraudem legis oder vom „Rechtsgeschäftlichen Schleichweg". Es besteht wohl heute kein Streit mehr darüber, daß § 134 BGB die Veräußerungsgeschäfte mit umfaßt, daß also das agere in fraudem legis ebenso wie das agere contra legem die Nichtigkeit der abgeschlossenen Geschäfte zur Folge hat; wenn das BGB dies auch nicht positiv bestimmt, so geht es doch aus den Motiven und Protokollen zur zweiten Lesung bei der Beratung zu § 134 (105) unzweifelhaft hervor. An dieser Stelle[1]) erwähnen die Protokolle den Begriff des agere in fraudem legis und auch die Literatur des Bürgerlichen Rechts[2])[3])[4])[5]) hat den Begriff der Gesetzesumgehung oder des rechtsgeschäftlichen Schleichwegs nicht fallen gelassen.

Zu untersuchen wird noch sein, ob das Verbot des agere in fraudem legis als selbständige Rechtsfigur oder als Frage der Auslegung anzusehen ist.

Wie man sich schon für das römische Recht der zweiten Theorie anschließen konnte, so ist nach herrschender Meinung auch heute das Verbot des agere in fraudem legis lediglich Frage der Auslegung.

Die Umgehung des Gesetzes bezweckt durch an sich erlaubte Geschäfte einen meist wirtschaftlichen Erfolg zu erreichen, der vom Gesetz besonders verboten ist. Die Nichtigkeit der Umgehungsgeschäfte geht nicht aus dem besonderen Begriffe des agere in fraudem legis hervor, sondern ist Auslegungsfrage. Dies sagen die Protokolle[6]) ganz deutlich: „Die Entscheidung der Frage, ob ein Rechts-

---

1) Prot. I. S. 122.
2) Dernburg: B. R. I. 59.
3) Crome, System d. deutschen bürgerlichen Rechts. I. 419.
4) Mathiaß, BGB. I. 226.
5) Staudinger, Komm. z. BGB. I. Anm. zu § 134 u. a. m.
6) Prot. d. Komm. f. d. 2. Les. d. Entw. z. BGB. I, S. 122.

geschäft als in fraudem legis vorgenommen nichtig sei, hänge ab von der Auslegung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes und der diesen Tatbestand erfassenden Norm.“ Diese Ansicht, die schon im gemeinen Recht die herrschende war und ins heutige Recht übernommen worden ist, wird wohl jetzt von niemandem mehr bestritten. Das Reichsgericht ließ nun aus der oben erwähnten Entscheidung in Bd. 26 erkennen, daß es das agere in fraudem legis als besondere Rechtsfigur auffasse, kommt jedoch in Bd. 44 S. 108 zu der Annahme, daß der Begriff der gesetzlichen Umgehung keiner besonderen Regelung bedürfe. In dem Gesetz vom 16. Mai 1894 betr. die Abzahlungsgeschäfte werden Verkäufe auf Abzahlung Beschränkungen unterworfen, die durch Vertrag nicht geändert werden dürfen. § 6 des Gesetzes sagt nun:

„Die Vorschriften der §§ 1—5 finden auf Verträge, welche darauf abzielen, die Zwecke eines Abzahlungsgeschäftes in einer anderen Rechtsform, insbesondere durch mietweise Überlassung der Sache zu erreichen, entsprechende Anwendung.“

Das Reichsgericht entscheidet:

„Hier hat das Gesetz den allgemeinen Rechtsgedanken — nämlich daß die Umgehung des Gesetzes dem offenen Zuwiderhandeln gleichsteht — ausdrücklich ausgesprochen, auf den der Gesetzgeber auch ohne ausdrückliche Hinweisung bei dem Richter für die Anwendung zwingender Gesetze rechnen muß.“

M. E. kann man auch gerade daraus, daß das Gesetz in Spezialfällen ausdrücklich auf die Umgehung hinweist, schließen, daß es keinen allgemeinen Rechtssatz gibt, der das agere in fraudem legis dem agere contra legem gleichstellt.

B. Braucht das heutige Recht einen solchen Begriff?

Das Ergebnis ist kurz folgendes: Das Verbot des agere in fraudem legis ist im Gesetz nicht besonders geregelt, sondern lediglich Frage der Auslegung.

Es wird noch zu untersuchen sein, ob es praktisch für unser Rechtsleben wäre, wenn dieser Begriff besonders berücksichtigt würde, oder ob wir nicht vielmehr Rechtsinstitute haben, die vollständig genügen, um die ratio legis immer durchzuführen. Hauptsächlich sind es das simulierte und das fiduziarische Geschäft, die hier in Betracht kommen. Den Begriff des in fraudem legis agere haben wir bereits festgestellt. Um den Unterschied zwischen diesem und dem simulierten und fiduziarischen Geschäft zu zeigen, werde ich erst kurz auf das Wesen der beiden Institute eingehen. Das BGB beschäftigt sich ausdrücklich mit der Simulation. Daher ist es nicht schwer, den Unterschied mit der Gesetzesumgehung festzulegen, und auch die Praxis hat in letzter Zeit diese Begriffe scharf getrennt. Man unterscheidet Simulation im weiteren und im engeren Sinne. Die erstere umfaßt die Mentalreservation § 116 BGB und die Fälle des § 118 BGB. Simulation im engeren Sinne umfaßt das Scheingeschäft des § 117 BGB. Bei der Abgrenzung der beiden Begriffe agere in fraudem legis und simuliertes Geschäft ist für uns nur das Scheingeschäft maßgebend. Ein simuliertes Rechtsgeschäft liegt vor, wenn bei beiden Teilen Einigung vorhanden ist, daß das, was sie erklären, ihrem wirklichen Willen nicht entspricht und sie den Schein über das Stillschweigen ausdrücklich verabredet haben. Ferner ist nach § 117 noch für das Scheingeschäft erforderlich, daß es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, also eine Erklärung, welche einem anderen gegenüber abzugeben ist.

Das Scheingeschäft ist nichtig, da Wille und Erklärung nicht übereinstimmen, ein wirkliches Wollen des abgeschlossenen Geschäftes überhaupt nicht vorhanden ist. Es ist dies nur die notwendige Folge davon, daß wir für das bürgerliche Recht die strenge Erklärungstheorie abgelehnt haben und der Willenstheorie folgen, d. h. daß wir bei einer Diskrepanz zwischen Wille und Erklärung in gewisser Hinsicht, wenn auch nicht immer, dem inneren Vorgang der Willensbildung den erklärten Worten gegenüber den Vorzug geben.

Von vielen ist der Unterschied zwischen Simulation und agere in fraudem legis nicht gemacht worden.

Cocceias[1]) sagt: . . . his omnibus casibus sub negotio vere gesto latet animo defraudanti, vel legis vel tertium, cuius interest indeque negotium hoc in poenam pro simulato habetur.

Er hält also das Umgehungsgeschäft für in poenam pro simulato.

Während Savigny[2]) die Simulation nur für eine wesentliche Voraussetzung der Gesetzesumgehung hält, geht Roßhirt[3]) weiter, indem er die beiden Begriffe beinahe identifiziert. Er sieht darin, daß man unter einer anderen Form ein gewisses Geschäft zu Kräften bringen will, eine Art von Simulation. Diese Art von Simulation wäre deshalb ungültig, weil dasjenige, was in fraudem legis geschieht, ebenso contra legem ipsam geschehen ist[4]). Zunächst kann man meines Erachtens zugeben, daß die beiden fraglichen Begriffe manches gemeinsam haben. Wir haben bei der Untersuchung des ersten Begriffes im römischen Recht nachgewiesen, daß der Umgehungsdolus nicht essentiell ist, sondern sich lediglich das Moment der Versteckheit ergibt. Ebenso ist es bei der Simulation, wenn es auch hier sehr bestritten wird. Es liegt aber in der Täuschung, die beim Scheingeschäft vorhanden ist, nicht immer ein rechtswidriges Handeln oder gar die Absicht, den Dritten zu schädigen. In den meisten Fällen wird man zwar ein simuliertes Geschäft vornehmen, um seine rechtswidrige Handlungsweise zu vertuschen. Dies muß jedoch nicht unbedingt der Fall sein, man kann sich auch Fälle denken, wo die Absicht lediglich darauf geht — wie Kuhlenbeck[5]) ausführt — ein durchaus erlaubtes Geschäft vor der unberufenen Neugierde anderer sicher-

[1]) Ius civile controversum pag 849 quaestio 54.

[2]) Savigny, a. a. O. Bd. I S. 325

[3]) Roßhirt, Gem. dtsch. Ziv. R. Bd. I, S. 314.

[4]) Auch Thöl und Unger haben die Unterschiede zwischen beiden Begriffen nicht genügend festgehalten.

[5]) Kuhlenbeck: Von den Pand. z. BGB, S. 398.

zustellen. Das rechtswidrige Handeln ist also auch hier nicht essentiell. Dieses gemeinsame Moment ist aber nicht von einer derartigen Bedeutung, daß es genügen würde, um den Unterschied zwischen den beiden Begriffen zu verwischen oder sie gar ineinandergreifen zu lassen. Der Unterschied ist vielmehr sehr wesentlich. Das simulierte Geschäft oder Scheingeschäft ist, wie schon der Name sagt, ein nur zum Schein geschlossenes. Ein Wille fehlt. Das Umgehungsgeschäft dagegen ist völlig ernst gemeint. Der Umgehende will, daß das eintritt, was er beabsichtigt. Mit Recht ist man daher für die scharfe Unterscheidung der beiden Begriffe eingetreten. Denn man kommt in der Praxis zu bedenklichen Resultaten, wenn man es hier an der notwendigen Unterscheidung fehlen läßt. Es ist das Verdienst Bähr's[1]) bei der Besprechung einiger Reichsgerichtsentscheidungen hierauf hingewiesen zu haben. „Ganz verschieden von einem in fraudem legis abgeschlossenen Geschäft ist aber ein simuliertes Geschäft. Ein solches ist gar kein Geschäft, weil ihm der entsprechende Wille der Kontrahenten fehlt.“ Sicher ist dagegen, daß man Simulation dazu benutzen kann, um ein Gesetz zu umgehen. Man denke nur an die Verbindung eines simulierten Geschäfts mit einem dissimulierten. Auch dieses ist von dem Umgehungsgeschäft scharf zu trennen. Allerdings wird dies nicht immer leicht sein. Bei beiden Geschäften vertuscht man das, was man erreichen will. Beide Geschäftsarten haben eine Außen- und eine Innenseite.

Ich komme nun zu dem fiduziarischen Geschäft. Über die juristische Natur dieser Geschäfte herrscht bis heute noch großer Streit, was wohl zum Teil daher rührt, daß das BGB dasselbe nicht regelt und überhaupt keine Normen dafür aufstellt. Trotzdem unterliegt es keinem Zweifel, daß dieser Begriff heute noch existiert. Zwei Momente sprechen dafür[2]).

1) Bähr, a. a. O. S. 60.

2) Goldstaub, Sim. u. fiduc. Rechtsgeschäfte nach dem BGB S. 59 f.

„Die vom BGB aufgestellten allgemeinen Vorschriften gelten mangels einer ausdrücklichen Ausnahmebestimmung auch für das fiduziarische Geschäft. Dazu kommt zweitens noch, daß es eine indirekte Anerkennung in § 223 Abs. 2 BGB gefunden hat, indem es dort heißt, daß die Rückübertragung eines Rechts, das zur Sicherung eines Anspruchs übertragen ist, nicht auf Grund der Verjährung des Anspruchs verlangt werden kann."

Diese beiden Gründe haben viel ansprechendes für sich, und auch die gesamte Literatur des BGB steht auf dem Standpunkt, daß der Begriff des fiduziarischen Geschäfts für das heutige Recht aufrecht zu erhalten sei.

Unter fiduziarischen Geschäften versteht man solche, bei denen die Parteien, um einen von ihnen gewünschten Erfolg herbeizuführen, sich eines Rechtsgeschäfts bedienen, von dem sie wissen, daß seine Wirkungen über den gewünschten Erfolg hinausgehen. Der wirtschaftliche Zweck und die juristische Form dieser Geschäfte decken sich nicht, da ihre Wirkungen bedeutend weiter gehen, als die eng gezogene juristische Form es zuläßt.

Wie schon erwähnt, herrscht über die juristische Natur dieser Geschäfte bis heute noch großer Streit.

Die verschiedenartige Stellungnahme zu dieser Geschäftsart hat Schultze[1]) damit zu erklären versucht, daß man ein römisch-fiduziarisches und ein deutsch-fiduziarisches Geschäft unterscheiden müsse. Der Unterschied besteht darin, daß bei der deutschen Treuhänderschaft durch den ihm gesetzten Zweck der Treuhänder nicht nur obligatorisch, sondern auch dinglich gebunden werde, daß die ihm übertragene dingliche Rechtsmacht von vornherein in Anpassung an den beabsichtigten wirtschaftlichen Zweck begrenzt sei. Ich möchte jedoch nicht mit Schultze annehmen, daß die Motive und Protokolle zum BGB eine Gesamtregelung der deutschen Treuhänderschaft haben vornehmen wollen, noch daß bei Verträgen

[1]) Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerl. Recht: Jher. Jahrb. f. Dogm. Bd. 43. S. 105.

die Vermutung für das deutsch-fiduziarische Rechtsgeschäft spricht.

M. E. spricht die ganze Entwickelung der Rezeption mehr für die Aufnahme des römisch-fiduziarischen Geschäftes; daher wird, wie Dernburg[1]) treffend ausführt — als Absicht der Parteien mangels ausdrücklicher, gegenteiliger Vereinbarung mit Recht ein römisch-fiduziarisches Geschäft als gewollt, also ohne dingliche, mit nur obligatorischer Wirkung anzunehmen sein.

Das fiduziarische Geschäft hat viel mit dem Umgehungsgeschäft gemeinsam. Beide haben eine Außen- und eine Innenseite oder m. a. W.: die rechtliche Wirkung, die beabsichtigt ist und der wirtschaftliche Zweck, der verfolgt wird, stimmen nicht überein. „Ebenso beruht die Übereinstimmung des fiduziarischen Geschäfts mit dem rechtsgeschäftlichen Schleichweg darin, daß Wille und Erklärung in Einklang stehen."[2])

Das fiduziarische Geschäft ist ebenso wie das Umgehungsgeschäft ernstlich gewollt. Im heutigen Verkehrsleben tritt als fiduziarisches Geschäft am häufigsten auf die fiduziarische Eigentumsübertragung an Mobilien, die den Gläubiger für eine Geldforderung sichern soll. Gewöhnlich wird das Eigentum mittels constitutum possessorium übertragen, so daß die Sachen im Gewahrsam des Schuldners bleiben. Diese Geschäfte sind in der Literatur sehr oft behandelt worden und auch das Reichsgericht hat verschiedentlich Stellung zu der Frage genommen, ob diese Geschäfte gültig sind oder nicht. Was gegen das fiduziarische Geschäft als solches überhaupt vorgebracht werden konnte, ist gegen die Gültigkeit dieser Geschäfte eingewendet worden. Das Hauptargument der Gegner dieser Geschäfte — es sind dies u. a. Bähr, Hellwig, Leist; Wilutzky, früher auch Kohler, der aber seine Ansicht gewechselt zu haben scheint — ist, daß diese Geschäfte eine Umgehung des Gesetzes enthielten.

---

[1]) D. B. R. Bd. I. S. 503.

[2]) Regelsberger i. Endemanns Handb. d. HR. Bd. II § 241.

Das Gesetz, das hier in Frage steht, ist § 1205 BGB, der lautet:

„Zur Bestellung eines Pfandrechts ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergibt und beide darin einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll."

Ich möchte bei Entscheidung der Frage, ob die Sicherungsübereignung mittels constitutum possessorium gültig sind oder nicht, keinen Unterschied zwischen dem gemeinen und heutigen bürgerlichen Recht machen. Denn was in § 1205 BGB steht, das war fast in allen deutschen Staaten partikularrechtlich ebenso festgelegt.

Die Anhänger[1]) der Gültigkeit dieser Geschäfte deduzieren kurz so: Die Gesetze, die Publizität des Pfandrechts verlangen, sind keine Verbotsgesetze. Es findet sich zwar in manchen Gesetzen die Bestimmung, daß die Hypothek an beweglichen Sachen nicht mehr zulässig sein soll; dies soll jedoch nur zur Folge haben — wie Linckelmann[2]) besonders ausführt —, daß von jetzt an die Entstehung des Pfandrechts an die strengeren Formen des Faustpfands geknüpft sein soll. Wenn das Gesetz die Sicherungsübereignung mit constitutum possessorium verbietet, so soll es dies ausdrücklich anordnen. Dies müsse man unbedingt verlangen, wie es auch § 19 des Mobiliarpfandgesetzes des Herzogtums Braunschweig vom 8. III. 1878 ausdrücklich vorschreibt.

„Die Veräußerung einer beweglichen Sache unter der Verabredung, daß der Veräußerer sie fortan für den Erwerber innehaben solle (constitutum possessorium) hat Dritten gegenüber keine Wirkung."

Hier ist ausdrücklich gesagt, daß die Sicherungsübereignung mit constitutum possessorium ungültig sei;

[1]) Für die Gültigkeit dieser Geschäfte sind besonders Dernburg, Endemann, Windscheid - Kipp, Linckelmann, Leonhard, Goldstaub, Lilienthal u. a. m. Ferner auch das Reichsgericht in Bd. II, S. 70; Bd. XIII, S. 200, Bd. XXIV, S. 51, Bd. XXVI, S. 180, Bd. LVII, S. 175, Bd. LIX, S. 146.

[2]) Linckelmann, i. Arch. f. B. R. Bd. VII, S. 223.

wo eine solche Bestimmung fehlt, ist sie nicht verboten, also gültig.

Die Gegner[1]) sagen, alle diese Gesetze, also auch § 1205 BGB sind Verbotsgesetze, und zwar Verbotsgesetze gerichtet gegen das wirtschaftlich mißbilligte Verhältnis, daß ein Gläubiger ein Vorzugsrecht erwirbt, an Sachen des Schuldners, welche dieser in seinem Besitz behält und deren Besitz ihm scheinbar eine Kreditwürdigkeit verleiht, die ihm nicht zukommt. Eine ausdrückliche Bestimmung braucht man nicht aufzunehmen, da aus dem Sinne des Gesetzes ein derartiges Verbot hervorgehe. Welches ist nun der Sinn aller derjenigen Gesetze, die die Mobiliarhypothek verbieten? Aus welchem Gesichtspunkte heraus wird heut im Gegensatz zu früher für das Pfandrecht Publizität verlangt? Ich möchte, ganz abgesehen von der juristischen Seite der Sicherungsübereignung vom wirtschaftlichen Standpunkt aus untersuchen, ob die Sicherungsübereignung mit constitutum possessorium zur Gesundung des Kreditwesens diene oder nicht, vielmehr eine Gefahr für dasselbe bedeutet. Gerade hier wird man die Gründe, die die einen oder anderen für ihren Standpunkt anführen, nicht kurzer Hand zurückweisen können; denn bei der Beurteilung der Frage gibt lediglich die subjektive Auffassung des einzelnen von den Vorteilen eines modernen Kreditverkehrs den Ausschlag. Leonhard[2]) sieht in dem Verbot der Sicherungsübereignung eine schwere Gefahr für die Industrie. Durch sie werde es dem Fabrikbesitzer oder z. B. dem Viehzüchter unmöglich gemacht, auf sein Inventar oder seine Herde Kredit aufzunehmen. Der Schaden, der daraus entstehen würde, daß ganze Betriebe brach liegen, stände in gar keiner Beziehung zu dem, den der Gläubiger im ungünstigsten Falle erleiden würde. Das Geld sei nicht dazu bestimmt, um in den Kasten gelegt zu werden. Man müsse jeder Beschränkung des Kreditwesens — und

---

1) So bes. Bähr, a. a. O. S. 58 ff.

2) Leonhard i. Gruch. Beitr. Bd. 25, S. 195 ff.

eine solche liege in der Beseitigung des Konventionalpfandes — mit großer Vorsicht entgegentreten.

Sicher ist nun m. E. ein gesunder Kreditverkehr, eines der wichtigsten Erfordernisse für unser ganzes wirtschaftliches Leben. Aber auch nur ein gesunder Kreditverkehr. Und gerade darin, daß ein Schuldner kreditwürdig erscheint durch den Besitz von Sachen, die ihm gar nicht mehr gehören, liegt eine Untergrabung der allgemeinen Kreditsicherheit. Ein ehrlicher und arbeitsamer Unternehmer wird in den weitaus meisten Fällen nicht deshalb seinen Betrieb brach liegen lassen müssen, weil es ihm nicht möglich ist, sein Mobiliar zu verpfänden und in Besitz zu behalten. Es wird ihm noch auf andere Weise geholfen werden können. Greift er zu diesem gewöhnlich letzten Mittel, so wird dies meist nur eine Verzögerung aber keine Beseitigung seines bevorstehenden Konkurses bedeuten. Andererseits liegt noch in der Sicherungsübereignung mit constitutum possessorium eine große Gefahr und Unsicherheit für den Gläubiger. Man denke sich einen leichtsinnigen Schuldner, der seine Mobilien bereits einmal seinem Gläubiger mittels constitutum possessorium übereignet hat und dasselbe Geschäft noch einige Male vornimmt. In diesem Falle ist es dem Gläubiger fast unmöglich, dem Schuldner beizukommen „Denn der Beweis der Fraudulosität ist fast nur durch Eideszuschiebung zu erlangen.“ (Wilutzky in der DJZ 1901, S. 20.)

M. E. sind also die Sicherungsübereignungen nicht dazu angetan, den Kreditverkehr zu heben, sondern eher geeignet, ihn zu untergraben. Das Gesetz will nicht, daß ein Schuldner Sachen im Besitze hat, an denen schon ein Recht des Gläubigers besteht und dadurch einen falschen Schein von Kreditwürdigkeit erhält. Das Gesetz will unbedingt die Publizität gewahrt wissen und erklärt daher — wie Hellwig[1]) ausführt — „die Verpfändung

[1]) Hellwig, i. Arch. f. ziv. Pr. Bd. 64, S. 379.

ohne Besitzübertragung als diejenige Rechtsform für unwirksam, in welcher regelmäßig der gedachte vom Gesetzgeber mißbilligte Erfolg verwirklicht wurde. Wenn nun die Parteien, anstatt eine Sache zu verpfänden, an derselben Eigentum übertragen, so liegt allerdings eine Rechtsform vor, welche durch die Worte unserer Verbotsgesetze nicht getroffen wird. Ein solches Rechtsgeschäft ist an sich erlaubt und rechtsgültig. Jedoch der vorliegende Fall der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung scheint mir nicht unter die gesetzliche Bestimmung zu fallen, in Wahrheit aber ist er in dem Verbotsgesetze begriffen. Denn der wesentliche, d. h. die rechtliche Bestimmung motivierende Tatbestand desselben ist, daß einem Gläubiger zur Sicherung einer Forderung ein Vorzugsrecht an Sachen, die der Schuldner im Gewahrsam behält, gewährt wird. Unwesentlich ist, ob man dieses Vorzugsrecht in der Form des eigentlichen Pfandrechts oder durch Übertragung des Eigentums zu schaffen sucht".

Diesen Ausführungen wird man sich m. E. anschließen können. Der verbotene wirtschaftliche Erfolg wird erreicht, jedoch nicht in der verbotenen Form, sondern in einer anderen an sich erlaubten. Es liegt also hier nichts anderes vor als ein agere in fraudem legis, eine Umgehung der gesetzlichen Vorschrift des § 1205, die das vorgenommene Geschäft nichtig macht. Die Praxis sagt nun: wenn derartige Geschäfte sich als Umgehungsgeschäfte herausstellen, so seien sie als nichtig anzusehen. Trotzdem erklärt sie in den überaus meisten Fällen diese Geschäfte für gültig, weil sie nicht zu dem Resultat kommt, daß ein agere in fraudem legis vorliegt. Wieder ist es Otto Bähr, der hierauf bei der kritischen Untersuchung von Urteilen des obersten Gerichtshofes hingewiesen hat. Eine nähere Besprechung dieser Entscheidungen dürfte m. E. zeigen, daß es unpraktisch war, den Begriff des agere in fraudem legis hier nicht zu berücksichtigen.

Die angeführten Entscheidungen haben zum Gegenstand die Eigentumsübertragung mit constitutum possessorium an Mobilien des Schuldners zur Sicherung des Gläubigers. Das Reichsgericht kam bei der Beurteilung der Frage, ob diese Verträge gültig sind oder nicht, zu den verschiedensten Resultaten. Man verwendet bei der einen Entscheidung den Begriff der Simulation — obgleich, wie wir gezeigt haben, die Begriffe agere in fraudem legis und Simulation scharf zu trennen sind —, bei anderen nimmt man an, es liege kein wirksames constitutum possessorium vor und kommt so nicht immer zu den richtigen Ergebnissen. Die Entscheidungen würden vielleicht anders ausgefallen sein und „das Reichsgericht würde — wie Bähr[1]) ausführt — alle Schwierigkeiten überwunden haben, wenn es von dem Begriff eines Handelns zur Umgehung des Gesetzes Gebrauch gemacht hätte. Geschäfte dieser Art sind aber so selten geworden, daß es fast scheint, als sei unserer Juristenwelt die Anschauung davon verloren gegangen". Bähr[2]) ist der Ansicht, die Praxis erkläre diese Geschäfte für gültig, weil die Anschauung von dem Wesen eines zur Umgehung des Gesetzes bestimmten Geschäft dem Richter fehle. Es müsse im Gesetz eine Bestimmung über die Unzulässigkeit der Geschäfte in fraudem legis geben, da sonst die Rechtsprechung eine geistige Stufe herabsteigen würde. Eine Lehre, die in der Praxis so verkümmert werde und nun noch nicht vom Gesetz berührt werde, müsse bald ganz von der Bildfläche verschwinden.

In der zweiten Kommission zur Lesung des BGB wurde zur Erweiterung des § 105 (134) der Antrag gestellt, folgenden Zusatz hinzuzufügen: Einem verbotenen Geschäft ist

[1]) Bähr, a. a. O. S. 56.

[2]) Die nachfolgenden Zeilen bilden kurz das Ergebnis dessen, was Bähr in längeren Ausführungen über diesen Punkt sagt. Siehe darüber Bähr: Urteile des Reichsgerichts S. 56 ff. Ders. in der Krit. Vierteljahresschr. Bd. 30, S. 330 ff.; ders. in Krit. Vierteljahresschr. Bd. 32, S. 367 ff. Ders. i. s. Aufsatz: Mißbräuchliche Geschäfte. Grenzboten 1890.

auch ein solches gleichzuachten, das in anderer Rechtsform den nämlichen Zweck erreichen will, dem das gesetzliche Verbot des erstgedachten Geschäftes entgegentritt. Es wurde jedoch nachher auf Abstimmung über den Antrag verzichtet. Die Kommission war der Ansicht, daß § 105 Abs. 1 (134), der ein Geschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, für nichtig erklärt, vollständig genüge. Es wäre gefährlich, eine Bestimmung im Sinne des Abs. 2 aufzunehmen, weil man die Auslegungsfreiheit des Richters beschränken würde, wenn man ihm im Gesetz eine Direktive erteilen wollte. Man wird hier zugeben müssen, daß gerade das BGB die Auslegungsfreiheit des Richters fördern will. Man denke nur an § 133 BGB und die Bestimmungen über Treu und Glauben, die dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum gewähren. Trotzdem wäre es m. E. vom Standpunkt des Gesetzgebers aus praktisch gewesen, auf die Umgehungsgeschäfte im Gesetz ausdrücklich hinzuweisen. Ich glaube nicht, daß eine derartig allgemeine Form, wie sie in der zweiten Kommission beantragt wurde, zu einer Einschränkung des richterlichen Ermessens geführt hätte. Das BGB für das Königreich Sachsen hatte eine derartige Vorschrift in § 80 aufgenommen. Würde man bei jedem einzelnen Fall durch gesetzliche Präsumtionen das Umgehungsgeschäft festlegen wollen, so würde damit der Richter in seiner Auslegungsfreiheit eingeschränkt werden, aber nicht durch eine so allgemein gehaltene Bestimmung. Gewiß weiß der Richter, daß Umgehungsgeschäfte in ihrer Wirkung von § 134 BGB mit ergriffen werden. Aber er operiert eben zu wenig, wie Bähr nachgewiesen hat, mit dem Begriff der gesetzlichen Umgehung. Und dies mag wohl zum Teil daran liegen, daß eine gesetzliche Regelung des agere in fraudem legis fehlt.

C. Anwendungsfälle von Gesetzesumgehung.

Auch die modernen Kodifikationen, mögen sie noch so geschickt abgefaßt sein, konnten die Gesetze nicht so

fassen, daß eine Umgehung ausgeschlossen ist. Immer werden sich Mittel und Wege finden lassen, um die Bestimmungen des Gesetzes zu umgehen. Ich möchte daher noch zum Schluß, um zu zeigen, wie praktisch der Begriff der Gesetzesumgehung ist, einige Fälle von Umgehung gesetzlicher Bestimmungen anführen. Ich will mich dabei nicht auf das bürgerliche Recht beschränken, sondern auch noch andere Rechtsgebiete heranziehen.

Ein Wechselgläubiger[1]) kann gegen seinen Schuldner nicht klagen, weil dieser ihm gegenüber eine Einrede aus Art. 82 WO hat. Der Gläubiger indossiert nun einem Dritten den Wechsel, damit er ihn einklagt, und zwar wird er nicht nur mit Prokuraindossament, sondern mit Vollindossament weiterbegeben. Dem Indossatar kann jetzt die persönliche Einrede aus Art. 82 WO nicht mehr entgegengesetzt werden. Er wird das Geld erhalten und es auf Grund der zwischen ihm und dem Indossanten bestehenden Abmachungen diesem herausgeben. Hier liegt ein agere in fraudem legis vor. Das Gesetz ist seinem Wortlaut nach nicht verletzt, wohl aber seinem Sinn nach. Der Sinn des Gesetzes ist, daß der Indossant nicht erhalten soll und demnach als Kläger anzusehen ist.

In § 656 Abs. 1 und § 762 Abs. 1 BGB haben wir es mit Fällen von sogen. Naturalobligationen zu tun. Das Gesetz erklärt das Versprechen eines Ehemäklerlohnes und eine Spiel- und Wettschuld für klaglos. Diese Bestimmung sucht man dadurch zu umgehen, daß man eine neue abstrakte Verpflichtung eingeht. Jedenfalls infolge der großen wirtschaftlichen Bedeutung und des häufigen Auftretens dieser Geschäfte hat das Gesetz diese Art von Umgehung in denselben beiden Paragraphen ausdrücklich geregelt. Daraus darf man aber durchaus nicht schließen, wie ich eingangs des zweiten Teiles meiner Arbeit gezeigt habe, daß das BGB den Begriff das agere in fraudem legis als besondere Rechtsfigur regelt.

[1]) Kohler, i. Jher. Jahrb. f. Dogm., Bd. 16, S. 150.

Artikel 6 Preußisches AG z. BGB sagt: „Schenkungen oder Zuwendungen von Todes wegen an juristische Personen bedürften zu ihrer Wirksamkeit ihrem vollen Betrage nach der Genehmigung des Königs oder der durch königliche Verordnung bestimmten Behörde, wenn sie Gegenstände von mehr als 5000 Mark betreffen."

Einen interessanten Fall der Umgehung dieses Artikels bespricht Professor Binder-Erlangen in der Deutschen Juristenzeitung 05 No. 21: Die unverehelichte X. ist gestorben und hat ihr Vermögen dem Kaplan W. mit der Auflage vermacht, es für kirchliche Zwecke zu verwenden. Die nächste Verwandte der Erblasserin hat das Testament angefochten, weil sie in dem Kaplan nur eine unterstellte Person sah. Es wurde dabei die Frage angeregt, ob an sich eine derartige Umgehung der gesetzlichen Bestimmungen über Zuwendungen an juristische Personen möglich sei und daß dann eine Lücke im Gesetz vorhanden sei, die ausgefüllt werden müsse. Binder sagt hierzu: „Eine Lücke im Gesetz ist vorhanden und sie könnte zur Umgehung des Gesetzes verwendet werden, wenn eine Umgehung nicht unzulässig wäre.

Ich möchte noch kurz auf zwei Fälle hinweisen, die die Umgehung öffentlich-rechtlicher Bestimmungen zum Inhalte haben. Art. 13 der preuß. VU vom 31. Januar 1850 lautet:

„Religionsgesellschaften sowie die geistlichen Gesellschaften, die keine Korporationsrechte haben, können diese Rechte nur durch besondere Gesetze erlangen." Diese Bestimmung wird dadurch zu umgehen versucht, daß mehrere Mitglieder einer Ordensgesellschaft eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung bilden zu dem Zweck, unter der Firma der Gesellschaft Vermögen zu erwerben. Ein anderer Fall findet sich in den „Blättern für administrative Praxis" 1903 No. 12:

Art. 19 Abs. 1 des Gesetzes vom 2. Februar 1898, die Fortsetzung der Grundentlastung betreffend, bestimmt:

„Wird ein landwirtschaftlicher Gutskomplex durch einen gewerbsmäßigen Händler mit ländlichen Grund-

stücken, gleichviel ob in eigenem Namen oder in Vollmacht eines anderen, zertrümmert, so müssen die sämtlichen auf dem zertrümmerten Anwesen oder dessen einzelnen Bestandteilen lastenden Bodenzinse von dem Güterhändler abgelöst werden."

Diese unangenehme Zwangspflicht zur Ablösung der Lasten wurde nur den gewerbsmäßigen Güterhändlern auferlegt. Um dieser lästigen Bestimmung zu entgehen, trat der Güterschlächter in den Hintergrund und schob einen Strohmann vor, der die Zertrümmerung vornahm. Der Verwaltungsgerichtshof hat hier den Begriff der Gesetzesumgehung verwendet und entschied „durch den Umstand, daß eine Zwischenperson im Vordergrunde des Zertrümmerungsgeschäftes stehe, werde die Ablösungspflicht des hinter der Szene wirkenden Güterhändlers nicht beeinflußt."

Zum Schluß noch einen Fall aus der Zivilprozeßordnung, der früher verschieden beurteilt wurde, meines Erachtens aber durch die Nov. vom 1. IV. 1910 zur ZPO klar entschieden worden ist. Nach § 157 Abs. 2 ZPO kann das Gericht Bevollmächtigte und Beistände, welche das Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, zurückweisen. Diese Bevollmächtigten und Beistände ließen sich nun einfach den Anspruch abtreten. In der Literatur war häufig — z. B. Gaupp-Stein Bd. I Anm. zu § 157 — die Ansicht vertreten, daß nunmehr eine Zurückweisung nicht möglich wäre, da ein agere in fraudem legis nicht vorliege. Daß dies nicht die ratio des Gesetzes war, geht jetzt deutlich aus dem durch die Novelle erweiterten Paragraphen hervor. Hier heißt es:

„Einer Partei, welche einen ihr abgetretenen Anspruch geltend macht, kann der Vortrag auch untersagt werden, wenn die Partei das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreibt und ihr nach der Überzeugung des Gerichts der Anspruch abgetreten ist, um eine Zurückweisung auf Grund der Vorschrift des Abs. 1 zu vermeiden."

Ergebnis.

Das agere in fraudem legis stellt sich dar als ein Handeln, das zwar nicht das Gesetzeswort, wohl aber den Gesetzessinn verletzt. Diese Gesetzesumgehung ist darauf gerichtet, einen wirtschaftlichen Erfolg zu erreichen, der vom Gesetz verboten ist. Man wendet nicht die verbotene Rechtsform an, sondern eine andere an sich erlaubte, um aber denselben verbotenen wirtschaftlichen Erfolg zu erreichen.

Das heutige bürgerliche Recht kennt den Begriff des agere in fraudem legis und stellt die Umgehungsgeschäfte in der Wirkung den direkt gegen das Gesetz verstoßenden Geschäften gleich. Es lehnt es aber ab, den Begriff besonders zu regeln. Die Pflicht des Gesetzgebers soll sein, die Rechtssätze so zu gestalten, daß eine Umgehung möglichst erschwert wird. Einer Verletzung des Sinnes weiter nachzuspüren und sie zu bekämpfen ist Sache der Wissenschaft und Praxis. Namentlich die Praxis hat aber mit dem Begriff der Gesetzesumgehung nicht immer genügend operiert, trotzdem sie bei der Heranziehung anderer Begriffe zu bedenklichen Resultaten kam. Schuld daran hat zum Teil das Fehlen einer Regelung dieses Begriffes im Gesetze. Daher wäre eine Regelung dieses Begriffes z. B. im Sinne des zweiten Kommissionsantrages zu § 105 (§ 134) wohl zu empfehlen.

Lebenslauf.

Geboren am 17. Mai 1888 in Leobschütz O/S. als Sohn des Kaufmanns Karl Magen und seiner Ehefrau Eugenie geb. Türk, mosaischer Konfession, preußischer Staatsangehörigkeit, erhielt ich meine Gymnasialbildung auf dem Königlichen Gymnasium zu Leobschütz, das ich Ostern 1907 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Hierauf studierte ich 6 Semester die Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten zu München, Berlin und Breslau.

Am 20. Oktober 1910 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 25. November 1910 das rigorosum.

Seit dem 11. November 1910 bin ich dem Amtsgericht Neumarkt zur Ausbildung überwiesen.

Besonderen Dank schulde ich Herrn Prof. Dr. Leonhard für seine gütige Unterstützung bei Abfassung dieser Arbeit.